

WYROK
z dnia 10 października 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Stanisław Sadowy

Członkowie: Jolanta Markowska
Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 października 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **PROMED S.A, ul. Krajewskiego 1B, 01-520 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej „Szpital w Puszczykowie im. Stefana Tytusa Dąbrowskiego” Sp. z o.o., ul. Kraszewskiego 11** protestu z dnia 4 września 2008 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **PROMED S.A, ul. Krajewskiego 1B, 01-520 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **PROMED S.A, ul. Krajewskiego 1B, 01-520 Warszawa**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **PROMED S.A, ul. Krajewskiego 1B, 01-520 Warszawa**

na rzecz **Niepublicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej „Szpital w Puszczykowie im. Stefana Tytusa Dąbrowskiego” Sp. z o.o., ul. Kraszewskiego 11** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **PROMED S.A, ul. Krajewskiego 1B, 01-520 Warszawa**.

Uzasadnienie

W dniu 29.08.2008 r. NZOZ „Szpital w Puszczykowie im. prof. Stefana Tytusa Dąbrowskiego” Sp. z o.o., zwany dalej „Zamawiającym” zawiadomił na podstawie art. 93 ust. 3 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), dalej „Pzp” Wykonawcę **PROMED S.A.** z siedzibą w Warszawie, zwanego „Odwołującym”, o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę sprzętu medycznego dla potrzeb Szpitalnego Oddziału Ratunkowego – część I” (ogłoszonego w Dz. Urz. UE 2008/S 65-087809).

W zawiadomieniu Zamawiający podał, iż przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, gdyż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu oraz poinformował, że na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odrzucił ofertę Odwołującego, gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”).

W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Zamawiający podał, iż w pkt 29 pozycji

1 części 1 załącznika nr 5 do siwz określił, cyt.: „zakres objętości oddechowej od 20 do 1400 ml w warunkach wentylacji objętościowej, przy czym wyraża zgodę na zmianę zakresu objętości oddechowej w przedziale od 20 do 1500 ml, mając cały czas na uwadze wentylację w trybie objętościowym. Firma PROMED S.A. zaoferowała aparat do znieczulenia ogólnego posiadający zakres objętości oddechowych 45 do 1500 ml (tryb wentylacji objętościowo-

2

zmiennej) – strona 124 oferty, wobec czego aparat oferowany przez firmę PROMED S.A. jest niezgodny z opisem przedmiotu zamówienia”.

W dniu 04.09.2008 r. do Zamawiającego wpłynął protest Odwołującego (pismo z tej samej daty) na odrzucenie jego oferty i unieważnienie postępowania przez Zamawiającego. We wniesionym proteście Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, art. 5 k.c. w związku z art. 14 Pzp. Jednocześnie, Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 3) wybór oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący wskazał i podniósł, co następuje.

Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia było konsekwencją decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, którą w toku poprzednio dokonanej oceny, Zamawiający uznał za najkorzystniejszą.

Odwołujący nie zgadza się z ustaleniem Zamawiającego, że treść oferty Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ, gdyż zaproponowany przez Odwołującego aparat do znieczulenia ogólnego – S/5 Aespire firmy GE Datex-Ohmeda nie odpowiada opisowi przedmiotu zamówienia, zawartemu w pkt 29, część I, poz. 1, ust. 1 załącznika nr 5 do SIWZ.

Odwołujący podniósł, że we wskazanym zapisie SIWZ Zamawiający określił zakres objętości oddechowej urządzenia od 20 do 1400 ml w warunkach wentylacji objętościowej, przy czym w odpowiedzi na pytania do treści SIWZ, wyraził zgodę na zakres objętości oddechowej w przedziale od 20 do 1500 ml, nie precyzując innych dodatkowych warunków.

Taka odpowiedź spowodowała zaoferowanie aparatu do znieczulenia S/5 Aespire z zakresem objętości oddechowej od 5 do 1500 ml w trybie wentylacji ciśnieniowej, w tym w wymaganym zakresie 20 do 1500 ml. Zamawiający nie określił w swojej odpowiedzi z dnia 13.05.2008 r. że objętości oddechowe mają być osiągnięte przy zastosowaniu trybu objętościowego.

Odwołujący podkreślił w proteście, iż zaoferowany przez niego aparat ma możliwość podawania objętości oddechowej od 5-1500 ml, a więc spełnia wymóg zakresu objętości oddechowej w przedziale od 20 do 1500 ml. Jednocześnie podniósł, iż jest to zakres podawania objętości oddechowej w trybie ciśnieniowym, a nie tylko jej monitorowania. Dodał również, iż aparat ten nadaje się także do wentylowania dzieci.

3

Odwołujący podniósł, iż możliwość zastosowania szerszego zakresu nie może skutkować odrzuceniem oferty, jako że podstawowy zakres wentylacji objętości od 20 do 1500 ml został spełniony, a dodatkowo w trybie ciśnieniowym można wentylować dzieci stosując objętości wentylacji 5-20 ml i wyższe, zatem parametry urządzenia oferowanego są szersze – lepsze od tych, których wymagał Zamawiający.

W ocenie Odwołującego jego oferta jest ważna, w konsekwencji tego, w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie wystąpiła przesłanka unieważnienia postępowania określona przepisem art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Dlatego, zdaniem Odwołującego, powołanie się przez Zamawiającego na brak ważnej oferty w niniejszym postępowaniu jest bezpodstawne, a przez to prowadzi do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Rozstrzygnięciem protestu z dnia 12.09.2008 r. Zamawiający oddalił protest. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia stwierdził, że udzielił wyjaśnień treści SIWZ, w odpowiedzi na zadane przez Odwołującego pytanie o treści: „Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zaoferowanie aparatu do znieczulenia z regulowanym zakresem objętości oddechowej od 45 do 1500 ml w trybie wentylacji objętościowej i z zakresem objętości oddechowej od 5 – 1500 ml w trybie wentylacji ciśnieniowej?” Zamawiający wyjaśnił, że „wyraża zgodę na zaoferowanie aparatu do znieczulenia ogólnego z zakresem objętości oddechowej w przedziale od 20 do 1500”, jednakże, cyt.: „nie sprecyzował trybu (objętościowy czy ciśnieniowy), ponieważ odnosił się do parametru pierwotnego określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia tj.: „Zakres objętości oddechowej minimum od 20 do 1400 ml wentylacja objętościowa”, gdzie wymieniony był jedynie tryb objętościowy i tylko taki był brany pod uwagę”.

Wskazując na powyższe, Zamawiający stwierdził, iż zaoferowany przez Odwołującego aparat do znieczulenia ogólnego nie spełnia wymogów Zamawiającego.

Od rozstrzygnięcia protestu, Odwołujący wniósł w dniu 16.09.2008 r. odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, poprzez złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego. Kopię odwołania Odwołujący jednocześnie przekazał Zamawiającemu.

Odwołujący podtrzymał w odwołaniu zarzuty oraz argumentację, które zawarł w proteście oraz wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

4

2) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
3) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej,
oraz obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ, treść oferty Odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Parametry respiratora anestetycznego, stanowiącego część składową aparatu do znieczulania ogólnego, Zamawiający określił w zał. nr 5 „zestawienie wymaganych parametrów, część I, poz. 1, lp. od 22 do 38. W lp. 22 i 23 wskazał, odpowiednio, jako wymagane parametry tryb wentylacji ciśnieniowo zmienny i objętościowo zmienny, co oznacza, że Zamawiający uwzględnił oba tryby wentylacji. W lp. 29, precyzując pod względem parametrów zakres objętości oddechowej, Zamawiający wskazał minimum tej objętości od 20 do 1400 ml dla wentylacji objętościowej.

Odwołujący w piśmie z dnia 5 maja 2008 r. zwrócił się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ zadając, m.in., pytanie nr 3 o treści: „Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zaoferowanie aparatu do znieczulenia z regulowanym zakresem objętości oddechowej od 45 do 1500 ml w trybie wentylacji objętościowej i z zakresem objętości oddechowej od 5 – 1500 ml w trybie wentylacji ciśnieniowej?”. W wyjaśnieniu z dnia 13 maja 2008 r. Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Zamawiający wyraża zgodę na zaoferowanie aparatu do znieczulenia ogólnego z zakresem objętości oddechowej w przedziale od 20 do 1500”.

Odwołujący złożył ofertę na część pierwszą zamówienia „sprzęt anestezjologiczny i monitorujący funkcje życiowe”, w której (na str. 72), w kolumnie „parametr”, zawarł następujące zapisy dotyczące oferowanego aparatu do znieczulenia ogólnego (dwie sztuki): „zakres objętości oddechowej minimum od 20 do 1400 ml wentylacja objętościowa (podać zakres). Zgodnie ze zmianami z dnia 13 maja 2008 „Zamawiający wyraża zgodę na zaoferowanie aparatu do znieczulania ogólnego z zakresem objętości oddechowej w przedziale od 20 do 1500”

Ponadto, w ww. pozycji oferty, w kolumnie „parametr oferowany”, Odwołujący zawarł zapis, że oferuje parametr: „Zakres objętości oddechowej w przedziale od 20 do 1500 ml. Możliwy szerszy zakres od 5 do 1500 ml.”

Odwołujący zakwestionował zasadność odrzucenia jego oferty, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, w wyniku uznania przez Zamawiającego, że zaoferowany przez Odwołującego aparat nie spełnia wymogów SIWZ.

Skład orzekający Izby zważył co następuje.

Zgodnie z przywołaną wyżej lp. 29 zał. nr 5 do SIWZ Zamawiający wymagał, aby respirator anestetyczny, stanowiący część składową aparatu do znieczulenia ogólnego, posiadał zakres objętości oddechowej - minimum od 20 do 1400 ml wentylacja objętościowa. W odpowiedzi udzielonej pismem z dnia 13 maja 2008 r. Zamawiający, ustosunkowując się do treści pytania wyraził zgodę na: „zaoferowanie aparatu...”.

W ocenie KIO, spór powstały pomiędzy stronami dotyczy interpretacji treści odpowiedzi Zamawiającego. Odwołujący stał na stanowisku, iż odpowiedź ta dopuszcza zaoferowanie aparatu, który posiada tryb wentylacji objętościowej i ciśnieniowej, przy czym przyjął, że minimalnym parametrem jest 5 ml, zaś maksymalnym 1500 ml. Niezależnie od tego, iż zastosowanie trybu wentylacji objętościowej nie mieściło się w minimalnym parametrze 20 ml (wskazał minimum 45 ml) Odwołujący twierdził, że mimo tego spełnia wymóg wynikający z SIWZ, doprecyzowany pismem dnia 13 maja 2008 r. Z kolei Zamawiający uznał, że skoro żądał aparatu o wentylacji objętościowej, to również udzielona odpowiedź dotyczyła aparatu o wentylacji objętościowej, tylko zwiększono jego parametr z 1400 ml na 1500 ml.

KIO, oceniając treść pytania i udzielonej odpowiedzi, wyraża następujące stanowisko. Zamawiający wskazał sztywne parametry jako minimum od 20 do 1400 ml określając tryb wentylacji objętościowej (lp. 29 pierwotna wersja SIWZ). Na pytanie Odwołującego, które składa się z dwóch opisanych sytuacji pod względem parametrów, a mianowicie, czy Zamawiający wyrazi zgodę na zaoferowanie aparatu do znieczulenia: 1. z regulowanym zakresem objętości oddechowej od 45 do 1500 ml w trybie wentylacji objętościowej, 2. z zakresem objętości oddechowej od 5 – 1500 ml w trybie wentylacji ciśnieniowej; Zamawiający udzielił odpowiedzi w zakresie dwóch sytuacji łącznie, tj. wskazał, że wyraża zgodę na aparat z zakresu objętości oddechowej w przedziale od 20 do 1500 ml. Zamawiający nie wypowiedział się na temat trybu wentylacji, czy chodzi o wentylację ciśnieniową, czy objętościową, a więc należy uznać, że odniósł się do obu trybów wskazanych w pytaniu. Zatem, aparat mający tryb wentylacji ciśnieniowej, powinien również posiadać parametr jako minimalny 20 ml. Aparat oferowany przez Odwołującego nie spełnia tego wymogu, ponieważ w zakresie wentylacji objętościowej minimalny parametr wynosi

45 ml. Fakt, iż aparat ten w zakresie trybu wentylacji ciśnieniowej posiada parametr minimalny 5 ml nie świadczy, iż aparat ten spełnia wymóg w zakresie wentylacji objętościowej. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż odrzucając jego ofertę nie postąpił zgodnie z zasadami logiki, w świetle udzielonej odpowiedzi z dnia 13 maja 2008 r.

Zdaniem KIO, w myśl zasad logiki, sporną treść należy rozumieć następująco: suma dwóch zdarzeń (dwie części pytania Odwołującego połączone spójnikiem „i”) jest prawdziwa wtedy i tylko wtedy, gdy oba te zdarzenia są prawdziwe, zatem pozytywna odpowiedź Zamawiającego na całe pytanie, jest pozytywną odpowiedzią na każdą z dwóch części pytania. Stąd wniosek, że z pisma Zamawiającego należy wywieść, iż Zamawiający wyraził zgodę na dostarczenie aparatu, który posiada tryb wentylacji objętościowej i tryb wentylacji ciśnieniowej, ale wyłącznie o parametrach minimum od 20 do 1500 ml, czego nie spełnia oferta Odwołującego.

W świetle powyższego niezasadny okazał się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, której treść nie odpowiada treści SIWZ. Niezasadny jest także zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, poprzez unieważnienie postępowania, bowiem w postępowaniu nie została złożona żadna oferta nie podlegająca odrzuceniu. W konsekwencji powyższego niezasadny jest także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp – zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady, iż zamówienia udziela się wyłącznie

wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, a także art. 5 k.c. w zw. z art. 14 Pzp, gdyż Zamawiający nie nadużył swego prawa w świetle zasad współżycia społecznego i społeczno-gospodarczego przeznaczenia tego prawa.

W tym stanie sprawy, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3600 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, ograniczając wysokość wynagrodzenia, zgodnie z par. 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886). Izba nie uwzględniła kosztów przedstawionych przez Zamawiającego, jako kosztów dojazdu przedstawicieli Zamawiającego wraz z dietą dyrektora Aleksandry Nowak i wynagrodzeniem dr Wojciecha Grabusa, z uwagi na fakt nie przedłożenia na tą okoliczność żadnych rachunków, wymaganych ww. przepisami rozporządzenia.

7

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

** niepotrzebne skreślić*

8